

ELISSON PRONER STORTI

O SIGILO *VERSUS* A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO
POLICIAL COM ÊNFASE NO ACESSO DO ADVOGADO

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º André Ribeiro
Giamberardino

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ELISSON PRONER STORTI

O SIGILO *VERSUS* A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL COM ÊNFASE NO ACESSO DO ADVOGADO

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador - André Ribeiro Giamberardino
Orientador

Clara Maria Roman Borges
Primeiro membro

Bruno Vigo Milânes
Segundo Membro

Curitiba, 10 de dezembro de 2013.

À força maior do Universo.

Ao meu pai, Ozires Storti, que através das conversas tranquilas e das discussões acaloradas sempre tenta me guiar para melhor caminho.

A minha mãe, Eliandre Proner Storti, que com seu carinho e pulso firme deu-me toda a educação necessária.

A minha companheira do início e de sempre, Linda Bonatto Meurer.

Ao meu irmão, Nicolas Proner Storti, que hoje está longe, mas que esteve ao meu lado na maioria dos momentos.

A minha família, por estar ao meu lado durante toda essa caminhada, pelo apoio a todas as minhas decisões e pela sua infinita compreensão.

A minha companheira, que esteve presente em todos os momentos dando-me todo o auxílio necessário.

Aos meus professores, em especial meu orientador André Ribeiro Giamberardino, pela dedicação e paciência e por todo o conhecimento repassado.

A todos os meus colegas de turmas e de curso.

A todos os que, de alguma forma, colaboraram para que este trabalho conseguisse atingir os seus objetivos.

A você que está lendo este trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a existência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial e da importância de efetiva-los em tal procedimento, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Baseando-se no garantismo penal e na instrumentalidade da investigação policial busca-se também, demonstrar que o sigilo conferido a fase que antecede a ação penal apenas desfavorece o suspeito que fica a mercê de um sistema que o julga sem lhe proporcionar o apoio adequado do um profissional de advocacia.

Palavras-chave: Contraditório. Ampla defesa. Inquérito policial. Garantismo. Sigilo.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the existence of contradictory principles and legal defense in the police investigation and the importance of effective them in such a procedure, as required by article 5 of the Constitution of 1988. Relying on guarantee criminal and instrumentality of the police investigation also seeks to demonstrate that the secrecy given to stage prior to prosecution only discourages the suspect at the mercy of a system that judges you without providing adequate support of a professional advocacy.

Keywords: Contradictory. Defense. Police investigation. Guarantee. Confidentiality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DO PODER DE PUNIR E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	8
3 O INQUÉRITO	14
3.1 HISTÓRICO.....	14
3.2 CONCEITO E DEFINIÇÃO LEGAL	16
3.3 QUESTÃO TERMINOLÓGICA.....	18
3.4 NATUREZA JURÍDICA.....	19
3.5 OBJETO, FINALIDADE E DESTINATÁRIO	20
3.6 CARACTERÍSTICAS.....	21
3.7 ÓRGÃO ENCARREGADO.....	22
4. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	23
4.1 PRINCÍPIOS E GARANTIAS	23
4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS	24
4.3 CONCEITO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA....	26
5 A CARACTERÍSTICA DA SIGILOSIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL	31
6 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL E O TRATAMENTO DA QUESTÃO PERANTE A DOUTRINA: EXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	33
7 SIGILOSIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL E O IMPEDIMENTO DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	37
7.1 CONSTITUIÇÃO: SIGILOSIDADE OU PUBLICIDADE?	37
7.2 O SIGILO INTERNO VS. ACESSO DO ADVOGADO AO INQUÉRITO	38
7.3 CASOS EM QUE O SIGILO INTERNO É NECESSÁRIO	44
8 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um instrumento de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois tem relação com o momento em que se inicia a apuração da autoria e materialidade de um fato delitivo através da Polícia Judiciária que visa punir o indivíduo responsável.

O objeto de estudo do presente trabalho é exatamente o inquérito policial e algumas de suas particularidades, mais especificamente no que concerne a possibilidade de aplicação do contraditório e da ampla defesa no seu decorrer e também como o sigilo impede a efetivação de tais princípios.

A partir disso, inicialmente foi necessário analisar vários aspectos do inquérito policial, portanto, após trabalhar o histórico do instituto, tratou-se de seu conceito e definição legal, sua questão terminológica, sua natureza jurídica, seu objeto, finalidade e destinatário, suas características básicas e por fim, tratou-se sobre o órgão competente para conduzir tal instrumento.

Nos dois capítulos seguintes, abordaram-se os princípios da ampla defesa e do contraditório de uma maneira geral e a sigilosidade no inquérito policial.

No capítulo a seguir foi imprescindível discutir-se a existência dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase de investigação, pois não haveria sentido criticar o sigilo e imputar a essa característica do inquérito a ineficácia dos princípios no caso de estes serem impossíveis no caso em questão.

Enfim, demonstrou-se que ao adotar a sigilosidade no inquérito policial ferem-se os corolários do devido processo legal, neste caso o contraditório e a ampla defesa, pois o advogado é impedido de acessar os termos do inquérito policial.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DO PODER DE PUNIR E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O direito Penal é o “conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”.¹

Analisando o conceito de direito penal posto acima podemos compreender que o Estado é o detentor do *jus punitonis* (direito de punir), possuindo o direito subjetivo de quando ocorrida uma transgressão a uma norma penal aplicar a pena cabível que é imposta ao réu para lhe retirar direitos parcialmente ou totalmente.²

O direito de aplicação da pena que atualmente pertence ao Estado percorreu um longo caminho para chegar a essa forma atual.

Em resumo, inicialmente, passou-se por um período de vingança privada em que qualquer ofensa era considerada uma lesão ao cidadão privado que reagia por si fazendo justiça com as próprias mãos, de forma que a sua vingança era uma reparação advinda através de um rudimentar direito contra o delito cometido.³

Em um segundo momento, o Estado, a partir do aumento de seu poder e do aumento da complexidade das relações humanas, passou a criar normas estabelecendo determinados fatos delituosos e suas respectivas penas, a partir disso, paulatinamente, os institutos de caráter privado ruíram dando lugar aos de caráter público de forma que o fato delituoso passou a ser uma ofensa a coletividade e não mais apenas ao indivíduo⁴, surgindo então para o Estado, a partir deste cenário o direito de punir os infratores em um plano abstrato, genérico e impessoal e para o particular o dever de se abster da prática penal⁵, situação que dura até os dias atuais.

¹ MARQUES, Frederico. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1954, p. 11

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 3-4.

³ SOUZA NETTO, José Laurindo de, **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Ed. Juruá, 2003, p. 19.

⁴ *Idem*.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2011, p. 1.

No momento em que alguém pratica determinada infração tipificada no Código Penal o Estado, que possuía o direito de punir em um plano abstrato, passa a ter o direito de punir em concreto, ou seja, passa a ter o direito de punir o suposto autor do delito.⁶

Porém, a prática de um delito não importa em punição imediata do suposto infrator e, sim, como nos ensina RENATO BRASILEIRO DE LIMA é necessário um processo que siga normas prescritas em lei, pois o Estado ao extinguir a vingança privada e tomar para si o direito de punir passou a utilizar o processo como meio para a satisfação da pretensão acusatória e imposição da pena.

Vejamos:

[...] essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita.

Afinal, o Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais.⁷

Através da história surgiram três sistemas de processo penal com institutos e características específicas. Foram eles o acusatório, o inquisitório e o misto que foram moldados de acordo com o momento político de cada Estado em determinado momento histórico, pois como define PAULO RANGEL

[...] sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.⁸

Partindo do primeiro sistema que se tem notícia, o sistema acusatório vigorou até o século XIII, ocasião em que o sistema inquisitório prevaleceu. Esse sistema surgiu na Antiguidade grega com a participação do povo no processo, tendo

⁶ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 1.

⁷ *Idem*.

⁸ RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47.

alguns reflexos no direito romano e também na Idade Média, nos territórios de domínio germânico, sendo que na atualidade a Inglaterra é o país que tem maior proximidade com esse sistema processual.⁹

O sistema em questão tem como características o contraditório e consequentemente a igualdade entre as partes, as funções de acusar, defender e julgar distribuídas a órgãos distintos, publicidade do processo que pode ser oral ou escrito, e, por fim, a iniciativa do processo é atribuição do acusador.¹⁰

O sistema inquisitório se solidificou através da Igreja, única instituição que sobreviveu às invasões bárbaras ao Baixo Império Romano. No interior dessa instituição utilizava-se de um processo inquisitório que se difundiu praticamente por todo o continente europeu, o que aconteceu porque a Igreja foi durante um longo período a única estrutura organizada com a qual a população mantinha contato e, deste modo, influenciou demasiadamente o pensamento da época.¹¹

O sistema adotado pelo Direito Canônico se caracterizava por não haver contraditório e, portanto, não existir igualdade entre as partes. As funções de acusar, defender e julgar se concentravam na mão do julgador, o processo era secreto e escrito, cabendo ao juiz a sua iniciativa, o qual ainda podia submeter o acusado a tortura visando obter a confissão.¹²

Como se verifica, o sistema processual inquisitório é totalmente oposto ao sistema acusatório, pois não eram dadas garantias alguma a defesa dos direitos do acusado, diferentemente do que ocorria no sistema processual acusatório, sendo que a sujeição é tamanha ao ponto de o acusado se transformar apenas em um objeto do processo e não em um sujeito participante de uma relação processual.¹³

O sistema inquisitório foi empregado até o século XVIII, quando da Revolução Francesa que tinha como um de seus objetivos adotar o sistema processual acusatório, mas o governo de Napoleão Bonaparte ao instituir o Código

⁹ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 1.

¹⁰ TOURINHO FILHO, **Processo penal**. Vol. 1. 14. ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 113.

¹¹ BONATO, Gilson, **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 80.

¹² TOURINHO FILHO, **Processo penal**. Vol. 1. 14. ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p.115.

¹³ *Idem*.

de Instrução Criminal Francês de 1808 seguiu uma direção diversa, passando a utilizar um sistema que mesclava características dos dois modelos anteriores, de maneira que, a investigação preliminar seguia o modelo inquisitório e a audiência de julgamento seguia o modelo acusatório.¹⁴

Aprimorando a definição, RENATO BRASILEIRO DE LIMA expõe que, este novo sistema

[...] é chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.¹⁵

No Brasil, a doutrina não é pacífica na questão relativa sobre qual sistema processual dominante e se divide em dois grupos que defendem prioritariamente um sistema acusatório e um sistema acusatório “impuro”.

Alguns autores como GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹⁶ sustentam o sistema processual misto pelo fato de termos um Código de Processo Penal com viés inquisitivo e uma Constituição Federal que segue o padrão garantista do sistema acusatório e, apesar dos ensinamentos básicos que pregam a interpretação das normas através da nossa Carta Constitucional e não o contrário, o certo é que não é possível que os juízes, promotores, delegados e advogados atuem ignorando as regras de funcionamento do Código de Processo Penal e invoquem apenas a Constituição.

Já outros, como FERNANDO TOURINHO, PAULO RANGEL e RENATO BRASILEIRO DE LIMA¹⁷ indicam o caminho do sistema processual acusatório, mas

¹⁴ BONATO, Gilson, **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 84.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 7.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 104-105.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 7; RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53-54; TOURINHO FILHO, **Processo penal**. Vol. 1. 14. ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 118.

não um sistema acusatório puro, porque apesar de o processo em si se desenvolver respeitando todos os princípios que caracterizam o sistema acusatório, os quais são, principalmente o contraditório e a ampla defesa, que vem garantir a igualdade entre as partes e a separação do órgão acusador do órgão julgador, ainda existe uma fase inicial inquisitiva, que diz respeito ao inquérito policial.

3 O INQUÉRITO

3.1 HISTÓRICO

O Brasil, a partir da Proclamação de sua Independência não era mais regido pelas leis portuguesas que até então imperavam e necessitou, portanto, de normas próprias, assim foi promulgada a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e consequentemente foram organizados Códigos Nacionais.

O Código de Processo Criminal, avaliado como “[...] a mais brilhante vitória no domínio da justiça”¹⁸, foi promulgado através da Lei de 29 de novembro de 1832 e recebeu louvores de muitos doutrinadores, principalmente pelos princípios liberais e humanitários que continha.¹⁹

A primeira impressão do que seria o inquérito policial adveio com a reforma do Código de Processo Criminal de 1832, por meio da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, a qual não deu origem ao instituto como o conhecemos, mas estendeu, por meio de seu artigo 4º, § 1º, as atribuições conferidas aos Juízes de Paz no Código de 1832 aos Chefes de Polícia, inclusive a competência para proceder a elaboração do denominado “Auto de Corpo de Delicto”, que como o nosso inquérito policial atual servia para uma investigação prévia de fatos delituosos com posterior envio ao Juiz de Direito para formação da culpa.²⁰

O surgimento do inquérito policial no Brasil, com esta nomenclatura, sobreveio apenas com a promulgação da Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871 que foi, em seguida, regulamentada pelo Decreto nº 4824, de 22 de novembro do mesmo ano e que em seu artigo 42 define o instrumento expondo que “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos

¹⁸ SILVA JÚNIOR, Luiz Carlos Soares da. **O indiciado, um sujeito de direitos**. 44 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 13.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ RIGOBELLO LUIZ, Bruna. **A aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. 34 f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 12.

criminosos, de seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a documento escrito”.²¹

O inquérito policial foi regido pelos diplomas citados anteriormente até 3 de outubro de 1941, data em que houve a publicação do Decreto-Lei nº 3689 que trouxe um novo Código de Processo Penal.

O novo código não fez modificações relevantes no inquérito como podemos observar na própria Lei de Introdução ao Código de Processo Penal que explica a manutenção do inquérito policial nos moldes de sua criação dado a vasta atuação territorial da polícia, instituição que é presente em todos os lugares do nosso território e esta muito mais próxima do povo, conseguindo, portanto, agir de forma rápida e eficaz.²²

Para melhor elucidação abaixo foi inserida a parte da Lei de Introdução ao Código Penal que diz respeito ao inquérito policial.

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas [...] seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução [...], vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema [...].

Outro ponto importante que é levado em consideração na exposição de motivos é a situação de que

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 1. 14 ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 228.

²² RIGOBELLO LUIZ, Bruna. **A aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. 34 f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 13.

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas.

Após a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 o inquérito policial permaneceu basicamente o mesmo, pois as modificações que ocorreram não foram significativas, não alterando, assim, as suas principais particularidades.

3.2 CONCEITO E DEFINIÇÃO LEGAL

Inicialmente, deve-se entender que conceito e definição são termos usados indistintamente, mas que possuem diferenças importantes, de modo que conceito é uma noção larga e abstrata do objeto em questão e definição se refere a uma delimitação mais rigorosa que enuncia os atributos e qualidades daquele objeto.

Os conceitos de inquérito policial são variados, mas a grande maioria compartilha a ideia básica de que ele é uma atividade pré-processual presidida pelo Estado (em regra pela polícia) com o intuito de instruir o processo penal e que, objetiva, por fim, provar a existência de um crime e encontrar o seu provável autor.

Exemplificando podemos apresentar um dos conceitos mais bem elaborados e que preenche se não todos, quase todos os aspectos do inquérito policial. Tal conceito de autoria de AURY LOPES JÚNIOR define a

[...] investigação/instrução preliminar como o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.²³

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 79.

Seguindo basicamente o mesmo conceito, EDILSON MOUGENOT BONFIM conceituou o famigerado instrumento pré-processual com base nas características reconhecidas atualmente pela doutrina e pela jurisprudência e descreveu o inquérito policial como o

[...] procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas pela polícia, no exercício da função judiciária, com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores.²⁴

Assim, compreende-se o inquérito policial como o “procedimento destinado a reunião de elementos a cerca de uma infração penal ou ainda como o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto”.²⁵

Finalizada a parte conceitual do inquérito policial partimos para sua definição legal, a qual não é exposta de forma clara e satisfatória no Código de Processo Penal, sendo necessária observação, pelo menos, dos art. 4º e 6º do diploma. Destes artigos conseguimos extrair as informações essenciais do inquérito, que se resumem a sua presidência e as suas diligências necessárias.²⁶

Consta do artigo 4º do Código de Processo Penal a atribuição dada a Polícia Judiciária para a elaboração do procedimento através da seguinte redação:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

O artigo 6º do referido Código, em seus nove incisos, determina as providências que a polícia deve tomar ao ter conhecimento de algum fato delituoso:

²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 100.

²⁵ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 5. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 3.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 146.

- I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

O artigo 7º²⁷ do diploma normativo processual penal também é importante para o exercício que fazemos neste tópico, uma vez que determina mais uma providência a ser tomada pela polícia, que é proceder a reprodução simulada dos fatos, situação mais conhecida como reconstituição e tem como finalidade averiguar o modo como pode ter ocorrido o crime.

3.3 QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Este trabalho não quer se preocupar com a maneira como se deve referir ao instrumento objeto da discussão, portanto, os termos que farão referência a ele serão utilizados indistintamente, o que já pôde ser observado no decorrer das discussões.

Mas é importante frisar que segundo AURY LOPES JÚNIOR²⁸ a melhor forma para nos referirmos a tal instrumento seria “instrução preliminar”, exatamente porque “instrução” se refere ao conhecimento daquele fato adquirido através dos

²⁷ Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 79.

trabalhos da polícia e esse termo demonstra também a existência de um procedimento, ou seja, uma sequência de atos objetivando uma finalidade; já o termo “preliminar” deve ser utilizado para diferenciar essa instrução inicial da instrução definitiva que ocorre na fase processual.

3.4 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica é o enquadramento, a localização de determinado instituto no ordenamento jurídico vigente e é notória a posição doutrinária e jurisprudencial quanto à classificação do inquérito policial como procedimento administrativo.

Segundo nesse sentido AURY LOPES JÚNIOR²⁹ expõe que o inquérito é o conjunto de atividades desenvolvidas simultaneamente por órgãos do Estado a partir de uma notícia-crime e com o intuito de averiguar e constatar os elementos desta é uma atribuição da Polícia Judiciária, órgão ligado a administração e que, portanto, presta serviços de caráter administrativo.

EDILSON MOUGENOT BONFIM³⁰ complementa que o inquérito policial não se constitui em relação trilateral já que o investigado não é parte do procedimento, pois não existe acusação formal e sim uma investigação sem imposição de sanções.

Muitos doutrinadores entendem que pelo fato do inquérito policial ser um procedimento administrativo não se deve resguardar muitos direitos fundamentais dos indiciados, sob o fundamento de que estes não estão sendo julgados, mas sim, apenas investigados; discussão essa, que será mais aprofundada em capítulo específico.

Sobre esta questão EDILSON MOUGENOT BONFIM expressa sua opinião:

Classificá-lo como procedimento administrativo, entretanto, não significa dizer que não devam ser resguardados, no seu desenrolar, os direitos fundamentais do investigado. A autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público, exercendo o controle externo da polícia, devem zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar, o quanto possível, afrontas aos direitos do investigado, sempre com o objetivo de

²⁹ LOPES JR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005. p. 37.

³⁰ BONFIM, Edilson Mougénót. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 107.

equilibrar o interesse social em que o Estado desvenda a prática de uma afronta aos seus bens e interesses mais relevantes com a necessidade de respeitar os direitos e liberdades fundamentais de cada indivíduo.³¹

Assim, observa-se que tal autor não se coaduna com a exposição feita pela doutrina majoritária, pois prega o entendimento de que o fato do inquérito policial ser um procedimento administrativo não deve ter como consequência a não observação de direitos fundamentais no seu decorrer.

3.5 OBJETO, FINALIDADE E DESTINATÁRIO

O inquérito policial tem como principal objetivo apurar a existência de um crime e os indícios de sua autoria, elementos indispensáveis para que o destinatário da ação penal forme sua convicção para, no caso de ações penais públicas o membro do Ministério Público oferecer denúncia, ou então, no caso de ações penais privadas o ofendido oferecer queixa-crime, em suma, para a propositura de ação penal.

Outra finalidade da investigação preliminar é fornecer elementos probatórios ao juiz que ao analisá-los em conjunto com alguns outros requisitos, verifique a necessidade e a possibilidade de decretação de prisão cautelar, que pode ser temporária ou preventiva, sendo no primeiro caso possível somente no curso da investigação policial e no segundo caso possível tanto na investigação policial ou no processo penal, conforme se verifica na Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989 e no artigo 311 do Código de Processo Penal.

Nesse momento não podemos deixar de citar AURY LOPES JÚNIOR³² que apesar de suas ferrenhas críticas ao modelo investigativo brasileiro, fundamenta a existência do inquérito policial argumentando que “um processo penal sem investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”, pois, conclui ele, o inquérito

³¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 107.

³² LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 77.

policial é utilizado para evitar acusações equivocadas, buscar o fato oculto e salvaguardar da sociedade.³³

3.6 CARACTERÍSTICAS

A autonomia e a instrumentalidade são duas características da investigação preliminar que se destacam perante as demais.

A autonomia nos demonstra que a investigação preliminar não necessariamente desencadeará em um processo penal e, ainda, que não existe a obrigatoriedade do procedimento para que se inicie um processo penal.

Por outro lado a instrumentalidade advém dos serviços que o inquérito policial presta ao processo, sendo uma ferramenta de grande utilidade por buscar e averiguar todas as informações possíveis para a elucidação de um fato punível, dando subsídio para a propositura ou não de uma ação penal.³⁴

Faz-se necessário mencionar algumas outras características do inquérito policial para sua melhor compreensão.

É um procedimento escrito como consta do artigo 9º do Código de Processo Penal³⁵, mas como sabemos o referido diploma data de 1941, época em que a única forma de registro era o papel. Com o advento da era tecnológica algumas novidades foram implantadas, como por exemplo, a possibilidade de documentarem-se os atos com as novas ferramentas tecnológicas, inclusive captação de som e imagem.

A discricionariedade é outra característica da investigação policial que significa que cabe a autoridade policial atuar com uma margem de liberdade disposta em lei, ou seja, ela pode conduzir as investigações da maneira que entender mais eficiente, podendo inclusive indeferir a instauração do inquérito e

³³ *Ibidem*, p. 81.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 81.

³⁵ Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

indeferir a produção de prova requerida pela vítima, conforme consta, respectivamente, nos artigos 5º, § 2º³⁶ e 14³⁷ do Código de Processo Penal.

O artigo 20 do Código de Processo Penal³⁸ traz o sigilo como mais uma característica do inquérito quando determina que a autoridade deve assegurar o sigilo necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Por fim, o inquérito é um procedimento indisponível, segundo o artigo 17 do Código de Processo Penal³⁹, pois em nenhuma circunstância poderá o delegado desistir da investigação, não lhe cabendo arquivar o inquérito. Desta forma, todo inquérito iniciado será concluído e remetido a autoridade competente, mas é importante lembrar que o Delegado de Polícia pode indeferir a instauração de inquérito, ato que comporta recurso administrativo ao Chefe de Polícia, conforme já citada disposição do artigo 5º, § 2º do Código de Processo Penal.

3.7 ÓRGÃO ENCARREGADO

No Brasil a investigação preliminar é, em regra, de responsabilidade da polícia judiciária, que possui autonomia para optar quais as diligências a serem cumpridas em cada um dos autos de inquéritos policiais, podendo se argumentar inclusive que não há subordinação da autoridade policial para com juízes e promotores.⁴⁰

³⁶ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: § 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

³⁷ Art. 14 O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

³⁸ Art. 20 A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

³⁹ Art. 17 A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 82.

4. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

4.1 PRINCÍPIOS E GARANTIAS

Princípio é o início ou a base de onde se desenvolve todo um sistema, ou seja, é um preceito central do sistema do qual todas as outras determinações surgem.⁴¹

O Estado Democrático de Direito, instituído no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Este direito fundamental do cidadão

[...] é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (art. 1º, III), assegurando-se condições dignas de existência para todos. Ressalte-se ainda, que a dignidade da pessoa humana condensa ou resume, como valor supremo, o sentido da existência do Estado. Assim, deve buscar o Estado, nos vários campos de sua atuação (econômico, social, político, cultural, etc), a realização da pessoa humana na sua plenitude.⁴²

Garantia “pode ser definida como todo o instrumento ou meio técnico-jurídico o qual tenha o condão de converter um direito puramente reconhecido ou atribuído em abstrato pela norma em um direito efetivamente protegido em concreto [...]”.⁴³

Assim, FAUZI HASSAN CHOUKR expõe que

[...] a dignidade da pessoa humana é o grande valor de fundo a ser instrumentalizado. Desta maneira, todas as garantias constitucionais sevem para a promoção dessa dignidade e jamais podem ser empregadas em regras ou em interpretações que constituam desserviço a ela. [...] Desta maneira, legalidade, contraditório, ampla defesa etc. não são fins em si,

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 91-92.

⁴² GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 101-195. jul/dez. 2009, p. 166-167.

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan, **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 10.

mas instrumentos pelos quais se alcança a tutela da integridade da pessoa humana.⁴⁴

Portanto, é necessário entendermos que os princípios fundamentais são uma segurança do cidadão perante o Estado e que o próprio Estado, por imposição constitucional, deve zelar por esses direitos do cidadão, sendo que a garantia como instrumentalização de um direito atribuído abstratamente ao cidadão, quando verificada a relação Estado-indivíduo, é tratada pela doutrina pelo viés do devido processo legal.

4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim determina o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Este artigo descreve o princípio do devido processo legal que é de suma importância para o ordenamento jurídico, pois é a partir dele que decorrem todos os outros princípios relativos ao processo, mas para que não houvesse dúvida e para evitar qualquer tipo de interpretação inconveniente e o consequente desrespeito o legislador constitucional inseriu na Constituição de 1988 os consectários lógicos do princípio do devido processo legal que logo serão citados.

Perante a doutrina hodierna o devido processo legal é identificado de duas formas distintas: devido processo legal material e devido processo legal formal.⁴⁵

O primeiro se refere ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, ou seja, garante a proteção do particular contra as ações arbitrárias, desproporcionais ou irrazoadas que sejam verificadas como uma afronta a um direito fundamental do particular.⁴⁶

Por outro lado, o segundo se constitui através de garantias processuais conferidas às partes, de modo que o Estado deve respeitar todo o procedimento

⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan, **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 10.

⁴⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 39.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 39-40.

fixado pelo legislador sobre o trâmite processual e a relação do Poder Judiciário com as partes.⁴⁷

Imperioso salientar que o princípio do devido processo legal JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁸ baseia o devido processo legal, principalmente em três princípios, os quais são o acesso a justiça, o contraditório e a plenitude de defesa o que significa que esses princípios citados são o mínimo aceitável para que os acusados em geral tenham um processo considerado válido, o mesmo pode ser dizer no caso de um processo judicial ou administrativo.

GILMAR FERREIRA MENDES⁴⁹ não foge a conceituação dada acima, aumentando o seu alcance ao comentar que o devido processo legal é um dos princípios de maior relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, isso porque ele se desdobra em várias garantias de grande importância para o regular andamento de qualquer procedimento, de modo que ao invocar os direitos ao contraditório e a ampla defesa, o direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita e o direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica estamos lidando com os desdobramentos do devido processo legal.

O princípio fundamental em questão e seus desdobramentos são uma garantia para o cidadão que

[...] somente pode ser privado em sua liberdade em virtude de atuação de órgão jurisdicional penal, por meio do denominado de devido processo legal (due process of law), que reclama a adoção do procedimento do contraditório, patenteado na plena igualdade entre acusação e defesa no controle jurisdicional prévio sobre a pretensão punitiva.⁵⁰

Em resumo, ROGÉRIO LAURIA TUCCI quer dizer que o devido processo legal reclama a observação rigorosa de todas as formalidades previstas em lei para

⁴⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 40-41.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 432.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 685.

⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 75.

que o processo atinja a sua finalidade de forma perfeita ao garanti-lo justo e sem irregularidades.

4.3 CONCEITO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV garantiu o direito ao contraditório e a ampla defesa da maneira abaixo descrita:

Art. 5º. [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Retomando a breve consideração feita no tópico anterior, onde se demonstrou que os princípios do contraditório e da ampla defesa são decorrências lógicas advindas do princípio do devido processo legal e que é complexo tecer comentários sobre esses dois princípios sem analisá-los conjuntamente, pois a maioria da doutrina os estuda dessa forma, o que muitas vezes causa uma imprecisão nas definições que possuem limites tênues, mas que, importante ressaltar, nunca se confundem.

ADA PELLEGRINI GRINOVER verifica essa estreita dependência entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, exatamente porque é por meio do contraditório (instrumento da ampla defesa) que a defesa se torna efetiva, pois

a efetiva defesa é que garante o contraditório e apenas por ele é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.⁵¹

Apesar da relação íntima entre contraditório e ampla defesa conseguimos conceitua-los separadamente, pois, apesar de conectados, os dois não se confundem.

ALEXANDRE DE MORAES leciona que

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1990, pp. 5-6.

por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer par o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.⁵²

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal possibilita a utilização de meios ou recursos intrínsecos à ampla defesa e VICENTE GRECCO FILHO⁵³ considera como inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

A doutrina subdivide a ampla defesa em defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica, exercida por advogado constituído ou nomeado ou ainda por defensor público, permite igualdade entre a defesa e a acusação dentro da relação processual, sendo indisponível e irrenunciável como mostra o artigo 261 do Código de Processo Penal que dispõe que “nenhum acusado, ainda que, ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” e complementado pelo artigo 263 do mesmo diploma que determina que o juiz deve nomear um defensor caso o réu não tenha constituído um.⁵⁴

A autodefesa, como já se pressupõe a partir do nome, é exercida diretamente pelo acusado que decide exercer os direitos relacionados a autodefesa ou permanecer inerte (não é obrigatória como a defesa técnica).

A modalidade de defesa supra busca garantir ao acusado o direito de audiência que se caracteriza pelo direito de influenciar diretamente a formação da convicção do juiz e o direito de presença que é a possibilidade de acompanhar quaisquer atos processuais, também se inclui a necessidade de que o acusado seja interrogado presencialmente.⁵⁵

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 107.

⁵³ GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 63.

⁵⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 43; LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 25.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 32.

Finalizando, ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵⁶ destaca que para a eficácia da moderna concepção de ampla defesa é necessário o respeito ao direito à informação, a bilateralidade da audiência (contraditório) e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.

Por sua vez, em termos simples, podemos conceituar o contraditório como a “ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”.⁵⁷

Completando a definição acima VICENTE GRECCO FILHO⁵⁸ define que “todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contraria possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação”.

AURY LOPES JÚNIOR destaca que

[...] o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não pode haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.⁵⁹

A partir da conceituação acima observamos que o direito a informação e o direito de participação são elementos integrantes do contraditório que não se efetiva sem estes, uma vez que é impossível se manifestar sobre aquilo que não estamos cientes.

Quanto ao princípio do contraditório e sua faceta relativa ao direito de reação certificamos que, inicialmente, a qualidade desta contraposição não era levada em consideração, pois se compreendia que a simples possibilidade de reação já era suficiente, entretanto após a reformulação do princípio da isonomia que passou a ter como objetivo a busca da igualdade material, vários institutos do direito foram afetados inclusive a concepção do contraditório que passou a ser assegurado para

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Ed. Saraiva: São Paulo, 1993, pp. 205-206.

⁵⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

⁵⁸ GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 63.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 233.

igualar os desiguais substancialmente; para isso o juiz precisou e precisa acompanhar e efetivar uma participação plena e efetiva das partes no processo.⁶⁰

Esse poder do juiz na real concretização do contraditório pode ser notado, por exemplo, no artigo 497 do Código de Processo Penal que atribui ao juiz-presidente do júri a possibilidade de nomear defensor ao acusado quando considera-lo indefeso, demonstrando que o nosso ordenamento não se coaduna apenas com a possibilidade formal do contraditório.⁶¹

Para esclarecer e aperfeiçoar nosso entendimento acerca do princípio do contraditório podemos nos amparar, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que em breves linhas retoma alguns pontos já comentados e descreve as ações que materializam essa garantia em questão.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.⁶²

Sendo assim, conclui-se que o princípio do contraditório está conectado com uma discussão construída dialeticamente entre as partes, o que influenciou o brocardo jurídico *audiatur altera pars* que significa seja ouvida também, ressaltando que essa manifestação não deve ser uma mera formalidade, mas sim um mecanismo de eficácia prática.⁶³

Ao termos esse contato com o contraditório e a ampla defesa observamos, assim como EUGÊNIO PACHELLI OLIVEIRA que

[...] o contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011, pp. 19-20.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 367.

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 231; GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63.

processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastrado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.⁶⁴

E ainda, como demonstra CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO

[...] o princípio do contraditório e ampla defesa é fundamental à justiça, está [...] tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna [...] o considera inerente à própria noção de processo.⁶⁵

A partir do exposto, verifica-se que a ampla defesa e o contraditório são princípios de grande relevância para o ordenamento jurídico, pois defendem o cidadão do arbítrio do Estado, garantindo um processo justo e igualitário.

⁶⁴ PACELLI, E. O. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 28.

⁶⁵ CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 61.

5 A CARACTERÍSTICA DA SIGILOSIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL

Através do artigo 20 do Código de Processo Penal verificamos que uma das características do inquérito policial é sua sigilosidade de modo que o artigo determina que a autoridade deve assegurar o sigilo necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

O sigilo no inquérito policial é classificado pela doutrina como externo e interno.⁶⁶

O sigilo externo é aplicado para os terceiros desinteressados ao processo, ou seja, para aqueles que não possuem um interesse na ação. Neste caso a imprensa é um dos sujeitos sobre o qual recai o sigilo externo, cita-se o veículo por ser muito ativa na busca de informações sobre o inquérito e também por ser um órgão de grandiosa importância.⁶⁷

Apesar de não ser o ponto acerca do sigilo que possui pertinência com este trabalho, não podemos deixar de concordar que o sigilo externo deve ser preservado porque não autoriza os meios de comunicação, que movidos pela busca da audiência tornam as investigações em espetáculos, a terem acesso aos termos do inquérito.

Isso assegura a eficácia da investigação e preserva o indiciado que além de estar submetido a uma investigação sofre com a estigmatização derivada da opinião pública quando as informações do procedimento investigativo são publicizadas.

A opinião de AURY LOPES JÚNIOR esclarece bem este ponto, como podemos observar abaixo, destacando que os seus comentários sobre a condenação moral proveniente do processo podem, facilmente, ser utilizada analogicamente para o inquérito policial.

Não só o processo é uma pena em si mesmo, senão que existe um sobrecusto do desenvolvimento inflacionário do processo penal na moderna sociedade das comunicações de massas. Sem dúvida que se usa a incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública. A proliferação de milhões de processos a cada ano, não seguidos de nenhuma pena, somente com o fim de gerar certificados

⁶⁶ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009, p. 78.

⁶⁷ *Idem*.

penais e degradados status jurídico-sociais [...] é sinal do grau de degeneração que alcançou o instrumento.⁶⁸

Já o sigilo interno, que interessa a nós, é aplicado aos interessados no processo, ou seja, para aqueles que, de alguma maneira, estão envolvidos com o procedimento; sigilo este que obviamente não recai sobre o Juiz e o Ministério Público que tem acesso total aos autos do inquérito.⁶⁹

No plano interno, o sigilo pode ser parcial, modelo que vigora em nosso país e que impede que em alguns casos o indiciado e seu advogado tenham acesso ao inquérito ou a determinados atos ou total, que por sua vez determina que o indiciado e seu advogado não tenham acesso nenhum ao inquérito⁷⁰.

Novamente nos apoiando em AURY LOPES JÚNIOR, é de se ressaltar que o segredo interno não pode e não deve ser imposto ao defensor, pois conforme verificamos

[...] o art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia – e a Súmula Vinculante n. 14 do STF asseguram que o defensor poderá examinar em qualquer distrito policial, inclusive sem procuração, os autos da prisão em flagrante e do inquérito, acabado ou em trâmite, ainda que conclusos à autoridade policial, podendo tirar cópias e tomar apontamentos.⁷¹

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 262.

⁶⁹ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009, p. 79.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 352.

6 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL E O TRATAMENTO DA QUESTÃO PERANTE A DOCTRINA: EXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A abordagem anterior sobre a ampla defesa e o contraditório se limitou a sua aplicação na fase processual, mas neste novo tópico iremos focar na ideia de que esses direitos também devem ser estendidos a fase pré processual.

Inicialmente, é necessário comentar que a Constituição surgiu por obra do poder constituinte e impõe limites a todo o ordenamento jurídico nacional e isso é explicitado pelo princípio da supremacia da constituição.

O princípio da supremacia da constituição ilustra que qualquer conflito entre uma norma infraconstitucional e outra constitucional nos faz optar pela superioridade e consequente prevalência da determinação constitucional e que, portanto, qualquer ato contrário a nossa Carta Magna é eivado de inconstitucionalidade.⁷²

Como já foi explanado, os princípios da ampla defesa e do contraditório possuem disposição constitucional, mais especificamente no artigo 5º, inciso LV que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Infelizmente, os referidos princípios que deveriam ser cláusulas de proteção para todo e qualquer cidadão foram equivocadamente interpretados por grande parte da doutrina hodierna que, não respeitando o princípio da supremacia da constituição, não os admite em face de investigação preliminar.

Nota-se que a vontade do legislador era de estender essas garantias a todo e qualquer cidadão, pois não é segredo que a nossa Constituição teve grande inclinação protecionista para com os cidadãos e a sociedade, mas ao interpretar a Constituição de forma restritiva e elevar o código de Processo penal a um patamar superior ao constitucional os doutrinadores estão suscetíveis a erros dessa natureza.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 20-21; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 237.

Os principais argumentos que defendem essa tese são que o indiciamento e a fase investigativa da persecução penal não resultam em uma consequência jurídica ao investigado e, além disso, que a investigação não comporta um acusado não constituindo conseqüentemente a relação trilateral entre juiz, acusação e defesa, o que seria necessário para a existência de um processo.

Nesse sentido PAULO RANGEL expõe que

[...] durante o inquérito o indiciado não passa de mero objeto de investigação, mas possuidor de direitos e garantias fundamentais, não se admitindo o contraditório, pois não há acusação e, como consequência, não pode haver defesa.⁷³

Do mesmo modo FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁷⁴ assevera que “não teria sentido admitir-se o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis*, em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido”.

Os adeptos desse entendimento não notaram que a imputação do cometimento de um crime a qualquer pessoa faz com que surja uma agressão ao seu estado de inocência e de liberdade e que isso permite que o suspeito tenha o direito de resistir a pretensão punitiva.⁷⁵

Além disso, defende-se a ideia de que ao utilizar o vocábulo “acusados” o legislador não incluiu no rol de destinatários do inciso LV do artigo 5º da CF os indiciados, mas ignora-se que em realidade a expressão utilizada é “acusados em geral”.

Essa informação modifica de forma substancial qualquer interpretação, sendo inegável garantir a ampla defesa e o contraditório ao investigado, pois o indiciamento é uma forma de acusação compreendida amplamente.

AURY LOPES JÚNIOR elucida isso de forma brilhante:

⁷³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 92.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 14. ed., rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 247.

⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 340.

A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo.⁷⁶

Ressalta-se que, a situação do indiciamento é um dos grandes problemas do inquérito, pois a legislação não esclarece satisfatoriamente o ato, deixando ao arbítrio da autoridade decidir o momento adequado para declarar o indiciamento formal.

É com o indiciamento que nascem vários direitos, inclusive o direito de defesa⁷⁷ e a possibilidade de a autoridade decidir o momento do indiciamento coloca o sujeito passivo em situação desconfortável, pois ao proceder-se dessa maneira permite-se que a autoridade policial tenha uma enorme influência perante os direitos e garantias do sujeito.

Finalizando essa pequena discussão observa-se que os argumentos que apoiam que o sujeito passivo do inquérito é um mero objeto e que por isso não deve ter muitos direitos a seu dispor peca ao não observar que ao ser indiciado “além dos dissabores de ter que se submeter a uma investigação policial, o sujeito, por diversas vezes sofre o constrangimento moral de lhe ser imputado o cometimento de um crime, situação esta que mesmo provada a inocência macula a vida social, isso sem falar no aspecto psicológico”.⁷⁸

⁷⁶ LOPES JÚNIOR. Aury, **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 338.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 325.

⁷⁸ SILVA JÚNIOR, Luiz Carlos Soares da. **O indiciado, um sujeito de direitos**. 44 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 26.

Além do que, a defesa (autodefesa, defesa técnica e prestando assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados), “afinal, o direito à ampla e plena defesa do réu consiste num direito individual inerente à pessoa humana, em razão de sua autonomia e independência, ou seja, somente interessa a ela e a mais ninguém”.⁷⁹

⁷⁹ GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 101-195. jul/dez. 2009, p. 175.

7 SIGILOSIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL E O IMPEDIMENTO DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

7.1 CONSTITUIÇÃO: SIGILOSIDADE OU PUBLICIDADE?

Como já se concluiu no capítulo anterior, deve haver contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

A partir disso, este derradeiro capítulo fará uma análise sobre como o sigilo impede a efetividade das garantias constitucionais citadas, com as quais já foi feito um primeiro contato; e ainda, defenderá que a publicidade é necessária para se respeitar a constituição.

Primeiramente, é imprescindível lembrar a abordagem inicial deste trabalho, o qual demonstrou que na atualidade o fato delituoso é percebido como uma ofensa a toda a coletividade, pois o delito, como bem observa AURY LOPES JÚNIOR⁸⁰, “encontra-se no seio da sociedade, perturba a paz e a condição social e, por isso, desperta o interesse e a curiosidade do público”, situação que transformou a publicidade dos atos processuais, conforme leciona RENATO BRASILEIRO DE LIMA, em uma

[...] garantia de acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo, o que revela uma clara postura democrática, e que tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar a desconfiança da população na administração da Justiça.⁸¹

Em contrapartida o Código de Processo Penal possui regra expressa sobre o tema da sigilosidade e expõe que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse público”, mas ainda que haja uma regra expressa no CPP, não podemos olvidar que qualquer norma deve ser observada a luz da Constituição, diploma que delimita todo o ordenamento

⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 123.

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 127-128.

jurídico por ser nossa norma suprema e seguindo essa ideia verifica-se que o artigo 20 do CPP deve ser analisado em conjunto com o artigo 5º, inciso X e LX da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, inciso X e o inciso LX do texto constitucional dispõem, respectivamente, acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada e honra e sobre a utilização da publicidade de qualquer ato processual como regra, excluindo-se os casos em que a intimidade ou o interesse social demonstrarem a necessidade do sigilo.

Art. 5º

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Dessa maneira, através da leitura conjugada dos dispositivos citados da Constituição Federal e do Código de Processo Penal percebemos que a publicidade é prestigiada em nosso ordenamento e o sigilo se justifica apenas nas hipóteses que visam observar alguns valores constitucionais e o interesse social.

Logo, ao se admitir o sigilo interno verifica-se uma inconstitucionalidade, porque isso retiraria a igualdade entre defesa e acusação e aprovaria o sistema inquisitório, contrariando a constituição que estabelece o sistema acusatório no artigo 129, inciso I.⁸²

7.2 O SIGILO INTERNO VS. ACESSO DO ADVOGADO AO INQUÉRITO

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO esclarece:

[...] Não se concebe investigação sem sigilação. Sem o sigilo, muitas e muitas vezes o indiciado procuraria criar obstáculos às investigações, escondendo produtos ou instrumentos do crime, afugentando testemunhas e, até, fugindo à ação policial. Embora não se trate de regra absoluta, como

⁸² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

se entrevê da leitura do art. 20 deve a Autoridade Policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando amparar e resguardar a sociedade vale dizer, a paz social.⁸³

O que não deve se conceber é o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa que não são efetivados na vigência de um procedimento sigiloso e, ademais, é inconcebível que exista uma investigação que preza pelo segredo em um Estado Democrático em que se instituiu o sistema acusatório.⁸⁴

Conforme preteritamente exposto a ampla defesa comporta duas dimensões, as quais são autodefesa e defesa técnica, sendo a autodefesa aquela exercida pelo próprio acusado e a defesa técnica aquela exercida por um advogado; o contraditório, por sua vez, também comporta duas dimensões, as quais são o direito de ser informado de todos os atos do procedimento e o direito de participar deste.

Ao tratar da ampla defesa, mais especificamente quando se refere a autodefesa, ou seja, quando nos referimos a ações que o próprio sujeito irá tomar, como por exemplo auxiliar de alguma forma na produção da prova ou se amparar em seu direito de não produzir prova contra si mesmo através do direito ao silêncio.

Neste caso notamos que o sigilo interno, de certa forma, impede que a garantia citada seja efetivada, pois todas as ações do investigado voltadas para a autodefesa podem ser orientadas por seu advogado que, caso não consiga acesso os autos do inquérito não poderá defendê-lo satisfatoriamente por não conhecer os termos e fundamentos das acusações feitas a ele.

Igualmente, o sigilo interno traz complicações no momento que em que se aborda a outra faceta da ampla defesa, a defesa técnica, e de igual modo quando se aborda a questão do contraditório.

Essas complicações se referem principalmente ao primeiro momento do contraditório, que é o direito a informação e, por conseguinte, a defesa técnica que é evidenciada principalmente pelo acesso do advogado ao inquérito policial, pois é

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. Vol. 1. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 199, p. 92.

⁸⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 35.

basicamente dessa forma que as garantias do investigado são efetivadas, pois “durante a tramitação do procedimento administrativo policial trazer indícios de sua inocência, ou indicar sua medida de culpabilidade, ou até mesmo provar a seu favor circunstância atenuante, ou, ainda e finalmente, indicar provas de causa de exclusão de ilicitude⁸⁵”.

FAUZI HASSAN CHOUKR⁸⁶ pondera que “ainda que não se admita a possibilidade interventiva constante do advogado ao longo das investigações, sua presença serve para conferir legalidade aos atos praticados e que tenderão à formação do convencimento do titular da ação penal”.

A constituição brasileira demonstra a importância do advogado quando dispõe em seu artigo 133⁸⁷ que este é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O mesmo diploma, em seu artigo 5º, inciso LXIII⁸⁸ assegurou ao preso a assistência de um advogado, necessário, portanto, para uma assistência substancial o acesso ao inquérito policial.⁸⁹

A necessidade do acesso ao inquérito também é evidenciada se relembrarmos que através do artigo 261 complementado pelo artigo 263 do Código de Processo Penal, o ordenamento jurídico penal tornou a defesa técnica imprescindível para o bom andamento da persecução penal, pois os referidos artigos dispõem que “nenhum acusado, ainda que, ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” e que o juiz deve nomear um defensor no caso do réu não o ter instituído.

⁸⁵ GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 101-195. jul/dez. 2009, p. 191.

⁸⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 41.

⁸⁷ Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁸⁸ Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2011, p. 129-130.

Essas determinações expostas acima não teriam sentido caso o advogado não pudesse exercer sua atividade com eficácia plena, sendo então, necessário que o regramento jurídico propicie essas condições e é fácil observar que não serão o sigilo e a consequente proibição de acesso as informações contidas no inquérito policial que oferecerão as melhores condições para que o advogado defenda o acusado de forma adequada e a opinião de AURY LOPES JÚNIOR confirma tal pensamento:

Destacamos que não existe sigilo para o advogado no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças nem ser negado o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos.

Desde a Constituição (que já superou a maioria e permanece uma ilustre desconhecida para muitos!) temos afirmado que não pode ser vedado o acesso do advogado ao inquérito, sob pena de violação do contraditório (direito de informação) e do direito de defesa técnica, assegurados no art. 5º, LV.⁹⁰

ALBERTO ZACHARIAS TORON confirma o entendimento de Aury Lopes Júnior:

[...] inquéritos secretos não se compatibilizam com a garantia de o cidadão ter ao seu lado um profissional para assisti-lo, quer para permanecer calado, quer para não se auto-incriminar (CF, art. 5º, LXIII). Portanto, a presença do advogado não é de caráter afetivo ou emocional. Tem caráter profissional, efetivo, e não meramente simbólico. Isso, porém só ocorrerá se o advogado puder ter acesso aos autos.⁹¹

Além disso, o Estatuto da Advocacia em seu artigo 7º, incisos XIII à XV⁹² assegura que qualquer advogado pode examinar os autos de um inquérito policial, o que foi acertadamente corroborado pela Súmula Vinculante nº 14 que estabelece ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos

⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 369.

⁹¹ TORON, Alberto Zacharias. **O advogado do investigado e o inquérito sigiloso**: limites da apuração criminal no estado de direito democrático. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 12, n. 143, out. 2004, p. 7.

⁹² Art. 7º São direitos do advogado: XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.

de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Portanto, prevalece o entendimento que o advogado terá acesso aos autos da investigação preliminar caso a diligência já tenha sido finalizada e documentada, mas que no caso de uma diligência em curso não existe necessidade de comunicação ao advogado ou ao investigado, sob pena de ineficácia do ato⁹³.

Igualmente, deve-se considerar que os abusos policiais, que são frequentes em investigações, também são um ponto nevrálgico quando se trata sobre a questão do sigilo, pois os agentes participantes do inquérito, na busca por provar a existência de um crime e encontrar seu provável autor se utilizam de procedimentos inquisitivos e sigilosos, que podem vir a ser ilegais.⁹⁴

Essa hipótese pode ser freada através de uma participação efetiva do advogado, por meio de mais um importante meio de defesa que é garantido, a defesa exógena que é a defesa fora do inquérito constituída por meio do habeas corpus e do mandado de segurança.⁹⁵

Para impetrar habeas corpus deve-se argumentar o prejuízo da defesa no procedimento, o que pode indiretamente acarretar o cerceamento da liberdade de locomoção do sujeito passivo, pois ao seu final, o processo penal se utilizando do procedimento em que o sujeito foi prejudicado pode condenar a uma pena privativa de liberdade.⁹⁶

O mandado de segurança pode ser impetrado quando houver negativa da autoridade policial para que o advogado tenha acesso ao inquérito policial, sob o argumento de que está ocorrendo um “desrespeito ao exercício da defesa

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 130.

⁹⁴ VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, São Paulo, Vol. 26, n. 14, jan/abr. 2011, p. 78.

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 246.

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 132.

consubstanciado em violação à prerrogativa profissional do advogado, o que autoriza a impetração de mandado de segurança”.⁹⁷

Em último lugar, mas não menos importante, deve-se lembrar que apesar da doutrina majoritária entender que o inquérito policial é apenas um instrumento do processo por visar a denúncia, todos tem consciência que as informações que advém dele tem um grande poder no convencimento dos juízes que podem utilizá-lo para corroborar o seu convencimento para condenar ou absolver um acusado.

Nesta esteira FAUZI HASSAN CHOUKR explica que

A mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal reside na indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional.

[...]

Mas, no nosso caso, além da inafastável intromissão dos meios de prova acautelatórios no curso da ação que, acrescente-se, carece de uma disciplina mais coerente, há a indesejável valoração, pelo julgador dos meios de prova subjetivos colhidos na investigação já no curso da ação penal. Pior ainda: as declarações do indiciado, que pela melhor técnica processual deveriam, quando muito, ser encaradas como meio de defesa, não raras vezes são subsídios para a condenação.⁹⁸

Ainda é imperioso notar que a busca pela “verdade real” no inquérito policial pode ter seu sentido modificado dependendo da condição do suspeito, que será muito mais protegido com a publicidade do processo e consequente acesso do advogado aos seus termos de modo a verificar possíveis vícios na investigação, o que além de dar mais credibilidade a investigação clareia os fatos sem incorrências de ilegalidades⁹⁹ e também poder, com isso, durante o procedimento investigativo, como já foi citado, “trazer indícios de sua inocência, ou indicar sua medida de culpabilidade, ou até mesmo provar a seu favor circunstância atenuante, ou, ainda e finalmente, indicar provas de causa de exclusão de ilicitude”.¹⁰⁰

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 132.

⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 133-135.

⁹⁹ VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, São Paulo, Vol. 26, n. 14, jan/abr. 2011, p. 78.

¹⁰⁰ GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 101-195. jul/dez. 2009, p. 191.

7.3 CASOS EM QUE O SIGILO INTERNO É NECESSÁRIO

Alguns casos já foram previamente comentados no tópico anterior, mas os trataremos com exclusividade neste momento.

Primeiramente, coloca-se uma situação que não terá influência no acesso do advogado ao inquérito, pois tem relação apenas com o sigilo externo, ou seja, com aquelas pessoas que não tem interesse no procedimento. Essas são aquelas ocasiões em que o próprio cidadão é interessado no sigilo, pois a publicidade poderia expor desnecessariamente sua intimidade.¹⁰¹

O direito a intimidade está consagrado na Constituição atual em seu artigo 5º, inciso X e

Como é inerente à sua natureza, “intimidade” contrapõe-se à “publicidade”, como a “vida particular”, ou “vida privada” se contrapõe à “vida pública”, à “vida do mundo”. Intimidade é a faculdade ou direito que tem o indivíduo de recolher-se a seu mundo, nele agindo com absoluta liberdade, protegido de todo tipo de indiscrição, que tente surpreendê-lo, nesse status de concentração total.¹⁰²

Ressalte-se que este procedimento deve ocorrer apenas em ocasiões excepcionais que tenham relação com a intimidade da pessoa, como por exemplo, casos que envolvam sigilos de comunicação, fiscais e de dados.¹⁰³

Como já foi visto o devido processo legal e os seus corolários, mais especificamente o contraditório e a ampla defesa garantem que o imputado, através de seu advogado tenha o direito de avaliar os termos presentes no inquérito policial. Mas em alguns casos, dependendo da ação adotada é necessário que o acesso aos termos da investigação sejam transferidos para um momento subsequente a concretização do ato.

É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica e da busca e apreensão.

¹⁰¹ **Segredo de justiça: até onde pode ir?** Em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99567>. Acesso em: 05 novembro 2013.

¹⁰² KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal: aspectos gerais. In: FERNANDES, Antonio Scarance e outros. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

¹⁰³ **Segredo de justiça: até onde pode ir?** Em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99567>. Acesso em: 05 novembro 2013.

Obviamente, se aquele que terá alguma dessas medidas tomadas contra si souber disso com antecedência, provavelmente a diligência não terá mais sentido pela impossibilidade de sucesso, pois no caso de interceptação telefônica haverá troca de telefone ou silêncio total sobre o assunto investigado e no caso de busca e apreensão se ocultará ou destruirá a prova.¹⁰⁴

Nestas circunstâncias, portanto, ocorre um contraditório diferido, ou seja, um posterior debate sobre as informações obtidas através daquele meio de obtenção de prova, permitindo-se um segredo interno antes do cumprimento das diligências, mas este deve se ater apenas as diligências que provavelmente não teriam sucesso caso o advogado e o indiciado fossem informados sobre tais.¹⁰⁵

¹⁰⁴ KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal: aspectos gerais. In: FERNANDES, Antonio Scarance e outros. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 78.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 78.

8 CONCLUSÃO

O inquérito policial é alvo de inúmeras críticas, mas devemos lembrar que, apesar de ser um procedimento antigo é amplamente utilizado e por isso tem uma grande importância para o processo penal, sendo necessária a sua reformulação e não sua extinção.

Ao tratarmos do assunto relativo a sigilosidade no inquérito policial, verificamos que em alguns casos este procedimento veda o acesso do advogado aos seus termos e conseqüentemente fere os corolários do devido processo legal, neste caso o contraditório e a ampla defesa.

Adotar a publicidade, obviamente que com certos limites, é uma das respostas para a modernização da investigação preliminar, pois além de dar maior credibilidade a organização que promove o procedimento ainda é o caminho para garantir um procedimento justo e igualitário através do contraditório e da ampla defesa que são em grande parte efetivados com o acesso do advogado aos termos do inquérito policial.

Não há que se argumentar que o inquérito sigiloso deve existir por ser um dos poucos poderes de autodefesa do Estado no combate ao crime ou que deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o privado, pois a discussão travada neste trabalho nos remete a direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna.

É importante observar que com as inovações ocorridas desde a instituição do inquérito, principalmente aquelas advindas dos princípios e garantias constitucionais que entraram em vigor a partir da Constituição da República Federativa Federal de 1988, não é possível que tal procedimento sobreviva impondo formulas sigilosas, inquisitórias e arcaicas e que ainda são defendidas ferrenhamente por grande parte da doutrina.

Finalizando, é salutar para o ordenamento jurídico entender que “uma constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um

processo penal democrático e garantista, até porque a ideia de garantismo brota da Constituição, da noção de garantia substancial que dela emerge”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. **Revista de ciências criminais**. São Paulo, n. 43, p. 378-396, abr./jun. 2003, p. 380.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 101-195. jul/dez. 2009.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1990.

KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal: aspectos gerais. In: FERNANDES, Antonio Scarance e outros. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005.

_____. **Direito Processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. **Revista de ciências criminais**. São Paulo, n. 43, p. 378-396, abr./jun. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MARQUES, Frederico. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1954.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLI, E. O. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

RIGOBELLO LUIZ, Bruna. **A aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. 34 f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 5. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

Segredo de justiça: até onde pode ir? Em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99567>. Acesso em: 05 novembro. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SILVA JÚNIOR, Luiz Carlos Soares da. **O indiciado, um sujeito de direitos**. 44 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Ed. Juruá, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 1. 14. ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. Vol. 1. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 92.

TORON, Alberto Zacharias. **O advogado do investigado e o inquérito sigiloso**: limites da apuração criminal no estado de direito democrático. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 12, n. 143, out. 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva. 1993.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, São Paulo, Vol. 26, n. 14, jan/abr. 2011.